

**EMPRÉSTIMO DO EXTERIOR PARA PESSOA
FÍSICA, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 –
PARECER.**

CONSULTA

Consulta-me, o eminente colega **Dr. João Ovídio Reis
Alves do Valle**, sobre o seguinte:

“Brasileiros, preenchendo todos os requisitos da lei, desejam adquirir empresa de comunicação (radiodifusão de sons e imagens) no país, com empréstimos concedidos de firmas estrangeiras através de contratos de mútuos. Pergunta-se:

- 1) Há implicação legal?
- 2) Como se processa a operação junto ao Banco Central do Brasil?
- 3) O contrato de mútuo com prazo de 5 (cinco) anos é legal?

4) Esse contrato pode ser prorrogado por igual período?

5) Há implicação junto à Receita Federal?”.

RESPOSTA

O exame das questões levantadas pelo eminente colega exige a análise do texto constitucional vigente e das regras do Banco Central, assim como do seu Manual de Normas e Instruções para empréstimos de moeda. Neste, a contratação de câmbio só pode ser feita com empresas após prévia anuência do Banco Central ¹.

¹ Lê-se no referido manual em seus incisos 2, 3, 4, 6, 7 e 10 o seguinte:

“2) A contratação de câmbio relativa ao ingresso de divisas, sob a forma de empréstimo em moeda, condiciona-se à **prévia anuência** do Banco Central/Departamento de Fiscalização e Registro de Capitais Estrangeiros (Res. 125-I e Com. FIRCE 10-1).

3) A solicitação de anuência prévia à contratação de câmbio relativa a empréstimo em moeda é formulada mediante o preenchimento, em duas vias, do documento nº 1 deste capítulo, a ser apresentado à Divisão ou Núcleo da conveniência dos pretendentes, independentemente do zoneamento geográfico disposto na seção 6-1-1 (Com. FIRCE 10-2 e Com. FIRCE 21).

A primeira questão que se coloca é a de saber se seria constitucional a limitação que, a título de interpretar a lei 4.131/62 e seu regulamento, impediria a obtenção de divisas para o país por pessoas físicas. Vale dizer, pergunta-se se a atual Constituição permitiria tal tipo de limitação ².

4) O preenchimento das propostas deve anunciar prazos certos para as prestações do principal e sua distribuição no tempo ocorrer de tal forma que, em qualquer momento, durante a vigência da dívida, a proporção entre o total já amortizado e o valor do empréstimo não seja superior à proporção existente entre o prazo já decorrido desde o efetivo ingresso das divisas e o prazo do empréstimo (Com. FIRCE 18-1-a,b e 2).

6) A autorização para contratação de câmbio é dada na própria via original da solicitação e entregue ao mutuário no mesmo local de sua apresentação (Com. FIRCE 10-3).

7) O fechamento de câmbio relativo à contratação autorizada subordina-se ao prazo estabelecido na autorização, devendo constar do contrato de câmbio relativo à compra da moeda pelo banco a expressão “operação amparada no Comunicado FIRCE nº 10, de 12/09/69” e no de venda, além do referido esclarecimento, o número do respectivo Certificado de Registro (Com. FIRCE 10-3-4).

10) Os empréstimos concedidos **diretamente a empresas** no país podem, à opção do credor, ser renovados com o mesmo devedor ou contratados sucessivamente com diferentes mutuários, por prazos inferiores ao da amortização final no exterior, desde que os recursos externos permaneçam no País, nas condições de prazo de pagamento no exterior admitidas à época da autorização do empréstimo inicial (Res. 229-)” (grifos meus).

² Arnaldo Wald ensina: “Já se disse que o labirinto de leis, decretos, portarias, resoluções e circulares que tem ensejado a nossa inflação legislativa provoca uma verdadeira distorção do Estado de Direito. Efetivamente, a existência de normas claras e

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito
Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie

Se a centralização da política cambial pode ser justificada, não se pode dizer o mesmo em relação à manutenção de óbices à entrada de divisas pelo prisma de abertura permitida pela atual lei maior.

incontestáveis, é a garantia máxima do Estado de Direito, do *due process of law*, do império da legalidade. Ao contrário, a multiplicidade de documentos legais e administrativos, muitas vezes incoerentes e contraditórios, a superposição de órgãos decisórios competentes ou incompetentes para examinar as áreas de atuação das multinacionais, a falta de uma programação governamental única na matéria, aprovada no mais alto nível, criam uma verdadeira ditadura de repartições públicas, autarquias e empresas públicas, que se transformam em verdadeiras republiquetas quase soberanas na matéria. Assim, aos poucos verificou-se que o poder exclusivo da União de determinar o regime legal do capital estrangeiro decorrente da Constituição foi transferido, de fato, a uma série de órgãos e de entidades, que passaram a fixar critérios próprios, sem fundamento em qualquer documento legislativo. Assim, nos editais de concorrência, nas próprias resoluções que fixam a política de empresas públicas, encontramos, cada vez mais, discriminações entre empresas nacionais controladas por brasileiros e empresas nacionais controladas por estrangeiros e fixação de critérios para definir o que se entende como “controle”. Já tivemos, no passado, uma discriminação parecida entre brasileiros natos e brasileiros naturalizados e, após longa e trabalhosa campanha, foi preciso que uma lei proibisse a própria qualificação do naturalizado, a fim de garantir-lhe os mesmos direitos atribuídos aos brasileiros natos, com as ressalvas estabelecidas na Constituição. Impediu-se, assim, que decisões dos mais diversos escalões, na Administração direta e indireta, no plano federal, estadual e municipal, pudessem multiplicar discriminações sem fundamento legal” (Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nº 65, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 5/6).

Não mais se discute, hoje, a importância, para o desenvolvimento de cada país, do capital estrangeiro. A política de redução do imposto sobre a renda e sobre o patrimônio de todos os países da Comunidade Européia durante a década de 80, objetivou a criação de condições para atrair investimentos internacionais.

A característica maior da evolução tributária nestes países residiu: 1) na elevação dos tributos sociais vinculados à Seguridade, por força do papel que seu retorno à sociedade cria, em momentos de recessão, no sentido de manter mercados estáveis; 2) na nivelação e uniformização do IVA, tributo, por excelência, do comércio no espaço europeu; 3) na redução dos tributos sobre o patrimônio e renda, na busca de atração de capitais, principalmente externos, e desestímulo da evasão de capitais internos ³.

³ Disse, na abertura do II Fórum Jurídico da Fundação Dom Cabral em Belo Horizonte, o seguinte: “O cidadão que nascer em Portugal poderá, em qualquer um dos países da Comunidade Econômica Européia, exercer sua atividade de vocação. O estatuto de estabelecimento passará a ser um estatuto europeu. Um cidadão que tiver escritório de advocacia em Portugal, esse escritório não será português, mas europeu, podendo advogar na França, na Espanha, na Itália, na Alemanha, sem quaisquer espécies de barreiras. O cidadão que pretender cursar uma Universidade, poderá cursá-la, ainda em nível de graduação,

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito
Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie

Hoje, em todo o mundo tem-se por ponto pacífico a importância do investimento internacional, sendo o Brasil, infelizmente, nação dele carente. No ano de 1990, recebeu apenas 400 milhões de dólares como inversão externa, contra 8 bilhões e 400 milhões do México.

A entrada de divisas externas é útil para qualquer país, na medida em que aumenta sua capacidade de

sem a necessidade de terminar o curso na Universidade em que entrou. Poderá escolher cadeiras diversas em diversas Universidades. Poderá cursar o 1º ano em Coimbra, o 2º em Salamanca, o 3º na Sorbonne, porque aquelas Universidades, consideradas Universidades no mesmo nível, albergarão estudantes de toda a Europa. E os títulos de cada Universidade serão títulos válidos em quaisquer outras Universidades da comunidade. Não haverá mais, na Comunidade Econômica Européia, barreiras alfandegárias para os produtos europeus. Os tributos indiretos serão uniformes. Vale dizer, comuns para todos os países da Comunidade. E, pretendendo atrair capitais, sentindo que 4 trilhões e 500 bilhões de dólares ainda representam um esforço econômico insuficiente, principiam os europeus a reduzir a carga tributária direta, em níveis de Impostos sobre a Renda e sobre o Patrimônio. Sentem que o globo é cada vez mais interdependente e que a estrutura futura exige que os povos dessa aldeia global, que é o mundo, cada vez mais se interpenetrem. Não têm preconceitos em relação a empresas multinacionais. Ao contrário, são elas procuradas, porque trazem investimentos e tecnologia. E, neste mundo de economia aberta, não se pode afastar o conhecimento tecnológico universal” (A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações, Forense Univ., 1990, p.1/2).

desenvolvimento ⁴.

O investimento internacional faz-se de três formas, a saber: financiamento, transferência de tecnologia e capital de risco. As três formas foram consagradas pela

⁴ Geraldo de Camargo Vidigal ensina: “O exame da moeda, das espécies de moedas existentes e dos processos de criação de moeda, dos mecanismos da moeda, evidencia que todo esforço de planejamento monetário, devendo partir da disciplina da emissão, há de se abranger necessariamente todo o sistema financeiro, no qual se origina a moeda escritural e se define a velocidade de circulação da moeda - assim como o mercado financeiro, ambiente que preside ao desenvolvimento das operações em que está envolvida a utilização da moeda. As peculiaridades do planejamento monetário reclamam a definição de organismos especiais, que possam exercer esse planejamento e a direção da moeda. A compreensão da moeda, a singularidade de seus mecanismos supõe, para aqueles órgãos a que se confiará o planejamento monetário, estrutura especialíssima, regida por conceitos peculiares. Ao atingir diretamente quer os instrumentos de troca, moeda e crédito - quer o aparelho bancário - conjunto das instituições financeiras - quer o mercado financeiro, visa sempre o planejamento monetário a objetivos - meios de várias espécies - econômicos, administrativos, políticos. Em última análise, deveria sempre o planejamento da moeda fazer-se em função dos objetivos últimos do bem-estar social e do desenvolvimento. Fragilidades do planejador financeiro e monetário, fragilidades do planejamento econômico a que se subordina, fragilidades dos aparelhos executores do planejamento podem toldar, entorpecer ou perverter a relação entre objetivos maiores e planejamento” (Caderno nº 2 de Direito Econômico, Ed. CEEU - Centro de Estudos de Extensão Universitária e COAD - Centro de Estudos Superiores, pg. 47).

lei 4.131/62 e por toda a regulamentação posterior ⁵.

Estranhamente, sem que nenhum texto oficial proibisse a obtenção de empréstimos externos por pessoas físicas, uma das formas de investimento internacional, não só o manual de instruções do Banco central, como a denominada regulamentação secreta -- aquela que se conhece pelos resultados, mas que o Banco Central não revela--- a “Drawer’s Resolutions”,

⁵ Áttila de Souza Leão Andrade Junior esclarece: “A Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, define capitais estrangeiros para os efeitos desta mesma lei: “Art. 1º - Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a **pessoas físicas** ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior” (Os grifos são meus). A boa técnica legislativa desaconselharia, em princípio, as conceituações e definições de fenômenos que a lei visa disciplinar. Em regra, compete à Doutrina as tarefas de conceituar e definir; o legislador deve se restringir, em suas atividades de elaboração normativa, . a estatuir, disciplinar e compor fatos ou fenômenos relevantes à vida social. Nada obstante, ocasiões existem em que o legislador é convocado, inexoravelmente, a conceituar ou definir, a fim de evitar dúvidas hermenêuticas sobre o fenômeno que se está a disciplinar. A definição constante do supracitado art. 1º da Lei 4.131/62 seria um bom exemplo de exceção justificada à regra anteriormente indicada” (O capital Estrangeiro no Sistema Jurídico Brasileiro, Forense, 1979, p.2).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito
Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie

interditam a obtenção de empréstimos para pessoas físicas, mesmo que para aplicação posterior em empresas nacionais.

Tem sido esta a orientação do Governo, o que obriga a maior parte dessas pessoas, que necessita de recursos externos para seus empreendimentos no país e que não deseja vincular tais empreendimentos a compromissos internacionais, a obtê-los, via intermediação bancária com repasse para a pessoa física, a fim de que esta aumente o capital de suas empresas, ou pela criação de empresas para captação do financiamento, transferindo, por empréstimos, esses recursos para as mencionadas pessoas, com a cautela necessária para não geração da figura de distribuição disfarçada de lucros ⁶.

⁶ O § 1º do artigo 367 do R.I.R tem a seguinte dicção: “O disposto no inciso V não se aplica (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 60, § 1º): (v. Notas 806 e 807 Após a Alínea b) - a) às operações de instituições financeiras, companhias de seguro e capitalização e outras pessoas jurídicas, cujo objeto sejam atividades que compreendam operações de mútuo, adiantamento ou concessão de crédito, desde que realizadas nas condições que prevaleçam no mercado, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros; b) aos negócios de mútuo contratados por escrito, com estipulação de juros e correção monetária nas condições usuais no mercado financeiro e que sejam resgatados no prazo

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito
Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie

Tal operação triangular, sobre ser mais onerosa, cria permanente complicador, servindo mais de freio e desestímulo, do que incentivo, nada obstante reconhecer-se que o capital estrangeiro é sempre bem visto para os países desenvolvidos e, muito mais, para os países em desenvolvimento.

O certo, todavia, é que o mesmo objetivo permitido pelo Banco Central, que se pode conseguir com a operação descrita e mais onerosa, a referida instituição financeira proíbe, sem estar lastreada em lei, se realizada por pessoas físicas, não obstante ser mais útil e menos onerosa ⁷.

máximo de 2 (dois) anos” (Regulamento do Imposto de Renda para 1992, Ed.Res.Tributária, Vol.II, 1992, p.844/845).

⁷ Alberto Xavier lembra que: “Duas foram as correntes doutrinárias que se propuseram definir os “contratos internacionais”, quanto aos quais seria lícita a estipulação de cláusulas-ouro ou moeda estrangeira, porque adequadas ao objeto negocial. Para a concepção econômica --definida por Matter-- diz-se que o contrato é internacional quando ele se traduz num duplo movimento de mercadorias ou valores de um país para o exterior e reciprocamente, sendo pois irrelevante a nacionalidade ou residência das partes ou o lugar da celebração do contrato. Mas esta concepção foi justamente acusada de demasiado restrita, de vez que se ela era suscetível de abarcar as operações de exportação ou importação de bens ou meios de pagamento, já não abrangia pagamentos não vinculados a uma dupla transferência, mas que revestiam manifesto caráter

Em outras palavras, nada na lei impede que seja obtido regularmente empréstimo do exterior por pessoas físicas. Apenas nas disposições administrativas do Banco Central encontra-se a restrição. Tal operação, todavia, pode ser regular, se veiculada por intermédio de pessoa jurídica repassadora dos recursos.

Não se deve alegar que, no caso, poderia haver a configuração do instituto da superação da pessoa jurídica. Isto não ocorre porque permite a lei que as empresas emprestem recursos para terceiros com remuneração legal possível, mesmo sem serem entidades financeiras, o que se admite, na legislação de

internacional, como a colocação de meios financeiros à disposição do exterior. 30. Cf. Doucet, *L'indexation*, Paris, 1965, pp. 63 e ss.; Tesserre, "Des conditions de liceité des clauses d'échelle mobile en matière de prêt d'argent", *Revue des Sociétés*, 1958, p. 14; Malignac, "Indexations permises - indexations tolérées - indexations illicites", *Droit social*, 1957, p. 397. 31. Cf. Matter, *Traité juridique de la monnaie et du change*, Paris, 1925. Para responder a estas críticas a concepção jurídica --de Eck ³² e Rabinovitch ³³ --qualifica o contrato internacional pelo elemento de estranheidade, que tanto pode ser a residência dos sujeitos como a localização do objeto. Assim, para estes autores, são contratos internacionais (i) os celebrados entre um residente e um não residente (ii) entre dois residentes com relação a um objeto situado no exterior (iii) entre dois não residentes com relação a um objeto situado no interior" (*Estudos Jurídicos sobre Investimento Internacional*, Ed.Revista dos Tribunais, 1980, p.16/17).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito
Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie

imposto sobre a renda. À evidência, nesta hipótese, não se estaria fraudando qualquer lei ou pessoas, em face da clareza da operação e da não ocultação do objeto ⁸.

Não obstante a lei permitir tal caminho, entendo que não deveria ser o seguido pelos clientes do consulente, mas aquele de pleitear, judicialmente, seu direito a

⁸ Escrevi sobre a figura da desconsideração que: “Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Direito comparado, no Brasil restringe-se sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa. Pela primeira, sempre que os atos praticados, por intermédio da pessoa jurídica, refugirem-se aos limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. O superamento da pessoa jurídica decorreria de sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo. Pela teoria limitativa, a desconsideração seria necessariamente formulação jurisprudencial, visto que a previsão legal da hipótese desconsiderativa já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da desconsideração, mas apenas uma singela teoria de imputação dos efeitos legais aos atos normados. As duas correntes possuem, no Brasil, adeptos de escol, quase sempre, em sua versão privatista, ou seja, naquela em que a lacuna legal é preenchida pelo fenômeno superativo ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente. O aspecto de interesse, todavia, é que a desconsideração da pessoa jurídica prevê a utilização da personificação de forma inadequada. Os atos são praticados pela sociedade, mas nela não têm os reflexos pretendidos, embora válidos, pois superam a conformação legal de suas virtualidades” (Direito Público e Empresarial, Ed. CEJUP, 1988, p.61/62).

receber empréstimos, que interessam ao país, para aplicação em atividades lícitas, por força dos textos constitucionais, que passo a examinar ⁹.

O artigo 170 da Constituição Federal tem como fundamento, além da valorização do trabalho, a livre iniciativa. Apenas após enunciar tais fundamentos, é que o constituinte passou a indicar os 9 princípios que regem a ordem econômica, assim como a regra essencial para que tais princípios e fundamentos sejam realizados ¹⁰.

⁹ Rolf Serick, em seu “Rechtsform und Juristischer Personen”, Tubinga, 2ª ed., J.C. Mohr, 1980, talvez seja o autor que melhor tenha tratado a matéria no Direito Comparado”.

¹⁰ Escreve Celso Ribeiro Bastos sobre o artigo 170 que: “O atual rol dos princípios que informam nossa ordem econômica é bem mais amplo do que o contemplado no art. 160 da Constituição anterior. Nota-se a ausência de referência ao desenvolvimento que, contudo, pode ser tido por subentendido no item 8º que fala na busca do pleno emprego. Na verdade o desenvolvimento econômico continua a ser o alvo principal que todos os Estados procuram atingir. O próprio desenvolvimento social, cultural, educacional, todos eles dependem de um substrato econômico. Sem o desenvolvimento dos meios e dos produtos postos à disposição do consumidor, aumentando destarte o seu poder aquisitivo, não há forma para atingirem-se objetivos também nobres, mas que dependem dos recursos econômicos para sua satisfação.

Encontramos no caput do artigo referência a quatro princípios: valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conforme os ditames da justiça social. Do contexto extrai-

Entre os princípios encontram-se o da livre concorrência e o da busca do pleno emprego, sendo que a regra fundamental é que o Estado não pode obstaculizar o **LIVRE** exercício de qualquer atividade econômica, a não ser nos especiais casos previstos em **LEI** ¹¹.

se que o Brasil filia-se ao modelo capitalista de produção também denominado economia de mercado, embora a Lei Maior só vá fazer referência ao mercado no art. 219. De qualquer sorte, fica clara a filiação do nosso país a esse modelo econômico que é um dos dois fundamentais encontráveis na nossa era. Ao lado dele encontra-se o sistema de direção central da economia, também denominado socialista.

Não há negar-se que o sistema capitalista é hoje temperado por graus diversos de intervenção do Estado, o que tem levado alguns autores a falarem na existência de uma forma de economia mista. No entanto, quer em termos econômicos, quer em termos jurídicos, a ordem econômica é ainda tributária de um desses dois modelos cardeais” (Comentários à Constituição do Brasil, 7º volume, Saraiva, 1990, p.12).

¹¹ A equipe da Price assim comenta o dispositivo: “A primeira Constituição Brasileira que estabeleceu normas específicas para a disciplina do campo econômico e social foi a de 1943, influenciada pelas Constituições mexicana de 1917, a de Weimar de 1919 e a espanhola de 1931. As Constituições brasileiras de 1946 e 1967 também dedicaram um capítulo especial à Ordem Econômica.

O dispositivo ora comentado fundamenta a ordem econômica em dois princípios: valorização do trabalho humano e livre iniciativa. Através do trabalho o homem consegue os meios necessários à sua sobrevivência. A valorização do trabalho humano está, portanto, diretamente ligado ao direito à vida.

A liberdade de iniciativa foi bem definida na encíclica “Mater et Magistra”, de João XXIII, nos seguintes termos: “no campo econômico, a parte principal compete à iniciativa privada dos

A dicção do artigo 170 é a seguinte:

“Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

I - Soberania acional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII- busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

§ único – É assegurado a todos o livre exercício de

cidadãos, quer ajam em particular, quer associados de diferentes maneiras a outros”.

O artigo em análise dispõe que a ordem econômica, baseada nos referidos princípios, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A expressão “justiça social”, embora dúbia, pode ser entendida como a busca do bem comum” (A constituição do Brasil 1988, Price Waterhouse, 1989, p.721/722).

qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Tem a doutrina interpretado o parágrafo único deste dispositivo como o veiculador do princípio da liberdade absoluta para exercício de atividade lícita, cabendo ao Estado apenas impor condições a casos específicos de capacitação e nunca para impedimento formal à sua concreção ¹².

Assim, uma sociedade de advogados só pode ser composta por advogados, isto é, por pessoas às quais a lei condiciona a necessidade de cursar uma Escola de Direito. Sua capacitação é fundamental para que

¹² Celso Ribeiro Bastos oferta a seguinte exegese ao comando supremo: “Não é lícito à lei fazer depender de autorização de órgãos públicos atividades não sujeitas à exploração pelo Estado nem a uma especial regulação por parte do poder de polícia. É aceitável, pois, que dependam de autorização certas atividades sobre as quais o Estado tenha necessidade de exercer uma tutela, quanto ao seu desempenho no atinente à segurança, à salubridade pública, etc. Traduzir-se-á em inconstitucionalidade se a lei extravasar estes limites e passar, ao seu talante, a fazer depender de autorização legislativa as mais diversas atividades econômicas. Isto equivaleria sem dúvida a uma manifesta negação do princípio da livre iniciativa inserido na cabeça desse artigo” (Comentários à Constituição do Brasil, 7º volume, ob. cit., p.39).

possam exercer atividade apenas reservada a bacharéis que estejam inscritos na Ordem dos Advogados ¹³.

Fora das hipóteses de capacitação, não pode o Estado obstaculizar o exercício de qualquer atividade econômica, pois, se pudesse, tornaria letra morta o dispositivo, que passaria a assegurar a todos o livre

¹³ Escrevi: “A liberdade de profissão, assegurada pela lei suprema, não pode admitir que haja limitação ao direito do cidadão de, dentro de determinados parâmetros, exercer qualquer atividade econômica. Sabiamente, o constituinte, todavia, impôs que a lei, para determinadas atividades, definisse tais parâmetros.

Se alguém pretender abrir uma quitanda ou se tornar um pequeno produtor rural, desde que tenha recursos para dar início às suas atividades, não se lhe exigirá cultura maior, nem precisará ser alfabetizado, bastando que regularize sua atuação nos assentos competentes, comerciais e fiscais. A liberdade outorgada pela Carta magna é ampla e independe de autorização. O Estado não poderá criar obstáculos desnecessários, nem exigir capacitação maior que não aquela da idoneidade financeira e moral para sua atuação.

Diferentemente ocorre, se alguém pretender exercer a profissão de médico ou advogado, posto que, em tal hipótese, necessário se faz habilitação maior e conhecimento da profissão mais complexa a ser praticada.

Não se pode permitir que um cidadão seja cirurgião sem ter cursado uma escola de medicina ou advogado sem ter cursado uma escola de direito. A dificuldade maior e os interesses e segurança em jogo no exercício de tais atividades, em que a vida, a honra, a liberdade e o patrimônio das pessoas devem ser preservados, exigem habilitação superior que a necessária a outras atividades, razão pela qual o constituinte abriu a exceção, impondo, para tais hipóteses, que o legislador determine o nível de capacitação, responsabilidade e habilidades dos postulantes” (Lex nº 129, JTACSP, 1991, p.27).

exercício de qualquer atividade econômica, desde que não fosse regulamentada em lei, esclarecendo, todavia, que por serem todas elas reguladas em lei, a ninguém seria assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica ¹⁴.

Não se podendo atingir o dispositivo constitucional por vias transversas, é que houve por bem a doutrina restringir a exceção a casos realmente excepcionais, e nunca generalizá-los a ponto de que a regra se transforme na exceção absoluta.

Desta forma, há de se entender que o dispositivo em questão impede que se possam criar obstáculos e que

¹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta o inciso XIII do artigo 5º: “A liberdade de trabalho também não se confunde com o direito ao trabalho que certas Constituições, depois da francesa de 1848, vieram a reconhecer. Este direito está presente no direito constitucional brasileiro em vigor, ao menos inteiramente, no artigo 7º, II, que prevê o seguro-desemprego (v.infra). O texto em epígrafe preocupa-se com a liberdade de escolha do trabalho. Qualquer um pode escolher a atividade socialmente útil a que se deverá empregar. Isto não significa, porém, conforme entendiam os positivistas, que qualquer um possa exercer um ofício ou profissão, a seu bel-prazer, independentemente do preenchimento de qualquer condição de capacidade. Exatamente por isso a parte final do preceito em estudo é bem clara em afirmar a liberdade de trabalho, desde que preenchidas as condições de capacidade que, eventualmente, a lei estabeleça.

Era do preceito em exame que se deduzia a liberdade de empresa, hoje explícita no artigo 170, parágrafo único (v.diante)” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol.I, Saraiva, 1990, p.38/39).

tenha, o poder público, faculdade de impedir que um cidadão exerça qualquer atividade, principalmente se for brasileiro e estiver no gozo amplo de seus direitos, pois, nestas hipóteses, certas limitações aplicáveis a estrangeiros e residentes desaparecem.

À evidência, não é lícito admitir que orientação do Banco Central, não lastreada em lei, venha a interditar que pessoas, no gozo amplo de seus direitos, atuem em áreas em que essa atuação é garantida pela Constituição, sob a alegação de que não poderiam obter recursos do exterior ¹⁵.

No caso concreto dos clientes do advogado consultante, se tais clientes obtivessem empréstimo interno suficiente para adquirir os direitos de exploração de

¹⁵ José Afonso da Silva ensina: “É neste contexto que se há de entender o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Curso. de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p.663).

empresas de comunicação, à nitidez, a operação seria possível. Ora, por que impedir que recebam de fora os meios necessários, se tudo será controlado e fiscalizado pelo Banco Central?

O parágrafo único do dispositivo constitucional apenas permite restrições na medida em que lei sobre capacitação exista. O princípio da legalidade, por outro lado, não permite, que determinação do Banco Central, **não baseada em lei**, impeça que os clientes do consulente atuem em área facultada pela Constituição, em que não há limitações, que não aquelas de capacitação, que não estão em discussão no momento¹⁶.

Entendo, pois, que qualquer restrição que o Banco

¹⁶ Walter Ceneviva lembra que: “Os princípios da ordem econômica e social brasileira são, apesar da pluralidade de aspectos intervencionistas do Estado, vinculados ao capitalismo, sistema caracterizado pela propriedade privada dos meios de produção e pela separação (já não se fala em conflito ou oposição) entre as classes do capital e do trabalho.

A Carta Magna se situa no contrafluxo do processo intervencionista do Poder Público, assinalado desde os anos trinta, ao determinar (art. 173) que, ressalvados os casos expressos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado é permitida quanto necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei” (Direito Constitucional Brasileiro, Saraiva, 1989, p. 263)

Central possa determinar no concernente a empréstimo necessário para atuação em atividade lícita no país, representa injustificável cerceamento do praticado pelo Poder Público, sem lastro na lei, o que vale dizer, atuação que fere a Constituição ¹⁷.

Nem se alegue que o artigo 10 incisos V e VI da lei 4.595, e o artigo 52 da lei 4.131 autorizariam o Banco Central a controlar o crédito, estando os dispositivos assim redigidos:

“Art. 10 - Compete privativamente ao Banco central

¹⁷ José Cretella Júnior esclarece: “A expressão “em virtude de lei”, equivalente a “em decorrência de lei”, significa a vinculação de todos ao mundo do direito. Somente a lei --dispositivo constitucional ou dispositivo legal-- é que pode obrigar a “fazer” ou a “deixar de fazer”. O vocábulo “lei” não abrange os “atos administrativos”, o decreto, o regulamento, a portaria, o aviso, a instrução, a circular. No regime da Constituição de 1946, como, agora, no da de 1988, a lei, só a lei, é ato normativo primário, princípio quebrado em 1967 e em 1969, com o decreto-lei, que se equiparava à lei.

A expressão “em virtude de lei” aparece, como dissemos, em todos os dispositivos constitucionais concernentes ao tema que estamos tratando. Lei é tomada aqui no sentido formal, “declaração solene da norma jurídica feita pelo poder competente”. Ato administrativo, qualquer valor que tenha, ato administrativo de qualquer hierarquia, não pode obrigar ninguém a “fazer” ou “deixar de fazer” alguma coisa. Do contrário, o texto constitucional teria dito: “em virtude de lei ou de ato administrativo” (decreto, regulamento, instrução, circular, portaria, provimento, aviso)” (Comentários à Constituição de 1988, volume I, Ed. Forense Universitária, 1989, p.195).

da República do Brasil:

.....

V - exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;

VI- efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei.

Art. 52 - Na execução de um programa de planejamento geral, ouvido o Conselho Nacional de Economia, o Conselho de Ministros estabelecerá uma classificação de atividades econômicas, segundo o seu grau de interesse para a economia nacional.

§ único - Essa classificação e suas eventuais alterações serão promulgadas mediante decreto e vigorarão por períodos não inferiores a três anos”.

De início, porque falam “nos termos da lei”, e não há lei. Ao depois, porque os dois diplomas são anteriores à Constituição de 1988 e, se eram de duvidosa constitucionalidade à luz da Constituição pretérita, não se pode dizer que foram recepcionados para efeitos da nova Constituição, no que diz respeito às limitações

existentes ao atuar da iniciativa privada ¹⁸.

Ora, sem lei, não há como admitir-se tal exegese lastreada em parecer FIRCE, de uso interno, datado de 1973, e emanado na vigência de ordem constitucional diversa da atual, em que a participação e intervenção do Estado era muito maior do que a permitida pela **“lex máxima”** de 1988.

Acresce-se que o artigo 192 do texto supremo não autoriza qualquer direito ou poder, que se auto-outorgou, o Banco Central ¹⁹.

¹⁸ O artigo 5º inciso II da Constituição Federal tem o seguinte discurso: “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁹ Tem o artigo 192 a dicção abaixo: “Art. 192 - o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro

bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;

III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referiu os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente: a) os interesses nacionais; b) os acordos internacionais;

IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do banco central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

§ 1º - A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

§ 2º - Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será

Reconheço um poder homologatório ao Banco Central. Já defendi, no passado, que tal poder diz respeito exclusivamente às operações realizadas, isto é, já autorizadas pelo Governo na forma de resgate, que, necessariamente, deverão obedecer à política monetária do país. Nunca em relação à criação de norma permanente de impedimento sem lastro legal e aplicável **erga omnes**, em clara demonstração de que não se trata de política conjuntural, mas de sistemática vedação sem justificativa ²⁰.

conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

²⁰ Em meu livro “Direito Administrativo e Empresarial” (Ed. Cejup, 1989, p.112/113) lê-se: “Já escrevi que os valores contratuais, em moeda, podem adotar uma tríplice faceta (dívida de dinheiro, dívida de valor, dívida indexada), sendo a moeda estipulada, moeda contratual e não de pagamento. Aquela é que determina a substância contratual e esta o tipo utilizado para liquidar a obrigação contratual.

Ora, a moeda de pagamento, para contratos estipulados em moeda estrangeira e em que há participação de **peçoas físicas** ou jurídicas domiciliadas fora do país, permanece sempre sob rigoroso controle do Banco Central.

Os contratos, sobre terem que ser registrados no Banco Central, submetem-se à regência e à disciplina da entidade, que determina, em última análise, as regras para sua adimplência, podendo, inclusive, se grave a situação interna, suspender provisoriamente liquidações em moeda estrangeira de contratos vencidos, não obstante os devedores nacionais depositarem seus débitos em cruzados para saldar a dívida externa.

Ora, por essa linha, não se admite que um contrato registrado no Banco Central para ser saldado em moeda estrangeira: possa,

Em face do exposto, entendo que tais restrições são inconstitucionais, por impedirem atuação legítima, autorizada pela Constituição.

Na eventualidade de o Banco Central não rever sua posição, nitidamente contrária aos interesses nacionais, assim como à Constituição, deverão seus clientes utilizar-se da via judicial para garantir a entrada de recursos necessários ao país, mediante processo cautelar preparatório, seguido de ação ordinária de preceito cominatório ²¹.

À evidência, se obtiverem, seus clientes, a medida judicial pertinente, conseguindo receber os

sem sua autorização, ser alterado para ser adimplido em cruzados”.

²¹ Sálvio de Figueiredo Teixeira lembra que: “Como bem acentuou Adhemar Ferreira Maciel, arrimando-se em lição de Pestana de Aguiar, “tanto na medida cautelar quanto na medida liminar há uma garantia. Na primeira, só reflexamente é que se tutela o direito, já que seu escopo é garantir o processo (principal). Na segunda, a garantia é única e exclusiva do direito do impetrante”.

A liminar no **mandamus** depende de pedido e se constitui em direito do impetrante quando ocorrentes os dois indispensáveis pressupostos, sendo vedada, porém, em alguns casos (Leis nº 2.170/56 e 4.348/64, relativos à liberação de mercadorias estrangeiras e à remuneração de servidores públicos)” (Mandados de segurança e de injunção, Saraiva, 1990, p.118).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Titular de Direito Econômico e de Direito
Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie

empréstimos no exterior, deverão, em suas declarações de bens, informar o nível da obrigação externa, para que sua dívida seja exteriorizada, evitando-se que se considere, pelos sinais exteriores de riqueza, a existência de recursos que não são próprios.

Finalmente, creio que, se o eminente advogado da consulente pretender levar os argumentos aqui expostos ao DEJUR do Banco Central, talvez seja possível, em face do novo texto constitucional e das necessidades evidentes de divisas para o país, que seu pleito seja atendido, sem necessidade do recurso ao Poder Judiciário ²².

Isto posto, passo a responder, sumariamente, as questões levantadas:

²² A limitação da circular nº 186 de 01/09/72 do Banco Central, cujo inciso I tem a seguinte dicção: “I – as operações de empréstimo externo, nas condições admitidas pela referida Resolução, poderão ser contratadas com sociedades em geral estabelecidas no País --inclusive sociedades de economia mista-- ou empresas públicas, que se dediquem a atividades industriais e comerciais diretamente vinculadas à fabricação, ao processamento ou à circulação de bens e à prestação de serviços”, não foi recepcionada pela nova Constituição, por ser com ela incompatível.

- 1) As implicações já foram expostas no texto.
- 2) Mediante tentativa de convencimento, pelos argumentos atrás apresentados ou através de medida judicial, pleiteando o reconhecimento do direito mencionado.
- 3) Não há limite de prazo, em face da possibilidade de renovação dos contratos, no que concerne à pessoa jurídica. Em face do princípio, poder-se-ia pleitear sua extensão, seja na tentativa de uma solução negociada com o Banco Central, seja naquela do recurso ao Judiciário.
- 4) Respondida na questão anterior.
- 5) Apenas a necessidade de declaração, ano após ano, da manutenção do empréstimo.

S.M.J.

São Paulo, 09 de julho de 1992.